3

P E R

D. Andrea Caserta

Nel S. R. C.

A relazione della G. C. della Vicaria

C O M M I S S A R I O

Il Signor Giudice D. Nicola Parise.

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

3

(3)

J. M. J.

LA conteſa, che dee il S. C. decidere in grado di nullità trà D. Domenico Capozzi, e D. Andrea Caſerta riducendoſi nel ſuo vero punto di veduta dipende unicamente dall' eſame di quell' articolo legale, cioè ſe poſſa il creditore dirigerſi contro al fidejuſſore, quando eſtinto ſia quel debito, per cui la garanzia ſi preſtò, o pure quando ſiaſi in altra guiſa alterata la forma della convenzione primitiva per fatto dello ſteſſo Creditore. Queſta è la immagine netta, e vera della conteſa attuale, e ſebbene l' avverſario con intralciare i fatti aveſſe procurato finora deviarne la idea dall' occhio del Magiſtrato, noi però deſcrivendo la ſtoria genuina della cauſa, quale a noi la eſibiſce il proceſſo, c' ingegneremo di ſchiarirla in modo, che il S. C. vedendola ora nel ſuo aſpetto genuino, poſſa pronunziare una deciſione, che corriſponda ai dettami della ragione, e della Legge.

FATTO DELLA CAUSA

D. Domenico Capozzi avea preſo in affitto dai PP. Predicatori del Moniſtero della Santità di queſta Capitale una maſſeria ſituata a Ponterutto. Piacque al fittuario Capozzi ſubbaffittarla a Gennaro Colella, a Geſualda Sommella vedov, di Carmine Colella, ed a Bartolomeo Coſella. Fu convenuto l' eſtaglio per tumola 421. di grano romanello annui altri tumola ſeſſanta di grano d' india ſecco, e per annui ducati 666. A 27. Luglio 1799. D. Domenico Capozzi deduſſe nella G. C. della Vicaria, ch' egli trovavaſi creditore

tore delli *Signori Colelli* per alcune reſte del terzo di Aprile; cioè in 23. tumola di grano, ed in ducati 166. Quindi per ſicurezza del ſuo credito, come altresì per cautelarſi circa il pagamento del terzo che maturava nel proſſimo Agoſto di quell' anno medeſimo, implorò ſoggettarſi a ſequeſtro il frutto pendente della maſſeria. Furono a tale uopo ſpedite proviſioni dal Giudice D. Nicola Pariſi ordinanti, che il frutto della maſſeria medeſima ſi fuſſe conſegnato *penes quem cum cautione*. Conferitoſi lo Scrivano della cauſa per eſeguire tali ordini, il medeſimo fece obbligare D. Gennaro Colelli di eſibire ad ogni ordine del Tribunale il fruttato della maſſeria, e malgrado che il medeſimo fuſſe in erba lo Scrivano figurò eſiſtente quel che ancora non eſiſteva, ma ſolo ſi ſperava, che doveſſe eſiſtere. Sicchè ſulla vendemia tuttavia *in ſpe* ſi obbligò D. Gennaro Colella di tenere preſſo di ſe 50. botti di aſprinio, e ſul grano d'india, e ſulla canape, che non ancora ſi era raccolta, D. Gennaro Colella dichiarò averſi conſegnato 180. tumola di grano d'india, e 17. faſci di Canape, e promiſe eſibire tali generi ad ogni ordine del Tribunale. A queſta conſegna, ed obbligo di D. Gennaro Colella ſi aggiunſe la pleggeria di D. Andrea Caserta noſtro Cliente. Tuttociò ſi fece a 16. Settembre del 1799.

D. Domenico Capozzi dopo i ſoliti precetti di *ſolvat & reluat*, parea che voleſſe far procedere alla vendita di quei generi, che D. Gennaro Colella apparentemente aveaſi conſegnati. Queſti domandò la dichiarazione delle quantità, ed a tal dichiarazione adempì D. Domenico Capozzi addì 8. Ottobre dello ſteſſo anno nel modo ſeguente. Diſſe che egli era creditore in ducati 160. 20, nella quale ſomma ſpiegò comprenderſi ducati 55. 20. per prezzo di tumola 23 di grano attraſſato dell'annata antecedente, ed altri ducati 25 per la ſeguente. Dichiarò altresì dovere egli conſeguire tomola 81. di grano per reſta di eſtaglio del terzo di Agoſto; e finalmente diſſe che egli avrebbe dovuto conſeguire altri ducati 266. già maturati, ma che per dilazione accordata al debitore, era condiſceſo, che ſe gli pagaſſero ad Aprile 1800. E tuttociò ben traluce dalla ſolenne dichiarazione,

che

che a tale occasione fece il Capozzi *ut fol* 19. In seguito di ciò essendosi andato a provedere innanzi al Signore Giudice Parisi, fu ordinato spedirsi le lettere esecutoriali contro D.Gennaro Colella per ducati 190. 20, e per la consegna di tumola 81. di grano d'india per resta di estaglio già maturato in Settembre di quell'anno 1799. Nello stesso tempo ordinò spedirsi lettere compulsoriali per astringersi lo stesso Colelli alla esibizione di quei generi a lui consegnati in seguito delle prime provisioni.

Or qui sembra opportuno di osservare la somma facilità, e condiscendenza, che il Signore Parisi fin dal nascere del presente giudizio ha spiegata a favor di Capozzi. Io domando quel era il debito di Colella se non che ducati 190. 20., e tt. 81. di grano? Vi era altro? la sua dichiarazione fa vedere, che a questo si limitava. Or se unico, e solo era il debito di Colella, come mai nello stesso tempo poteansi spedire contro di lui le lettere esecutoriali, e le lettere Compulsoriali, come se doppio credito avesse vantato il Capozzi contro la stessa sua solenne, e giurata dichiarazione? Chi non vede in tale operazione una svista del Signore Commissario? Ma ritorniamo a descrivere le vicende dolorose di questa causa.

Lo Scrivano ebbe l'incarico di eseguire l'esecutorio; e le lettere Compulsoriali. Quindi conferitosi sul luogo credette aver tutto adempito attestando, che i beni già prima sequestrati, e consegnati piu non esistevano, perchè il Colella se li avea già venduti.

In vista di ciò D. Domenico Capozzi con altra istanza *fol.* 26. a Luglio 1800. deduce nella G. C., ch' egli era creditore di D. Gennaro, ed altri di Colella in ducati 300. 20., per i quali avea ottenuto lettere esecutoriali, giacchè de' tomola 81. grano, per i quali l' esecutorio erasi spedito non dovea conseguirne che soli 14. ed uniti con l' altri ducati 190. formavano questa somma. Deduce di più, che siccome ad Aprile dell' anno 1800., era maturata l' altra tanna in ducati 166. unendo questa somma all' antecedente risultava creditore in ducati 656. 20.. Dimandò a tale ogetto, che li fusse rinovata la esecu-

cuzione dell' eſecutorio già ſpedito, anche per la ſomma maturata in Aprile, chiedendo altresì ſequeſtrarſi la maſſeria, ſalve le ragioni contro al Conſegnatario. Su tale iſtanza il Giudice Pariſi non credette regolare, come in fatti non era, di alterare la forma delle lettere eſecutoriali e compulſoriali antecedenti, ed altro non fece, che rianimarle, ordinando il ſequeſtro *penes tertium* sù i frutti del territorio. In eſecuzione di ciò D. Domenico Capozzi valendoſi di quello ſteſſe lettere eſecutoriali antecedentemente ſpedite, e rianimate col decreto del Signore Pariſi, per mezzo della Corte della Bagliva di Averſa fece procedere al ſequeſtro *penes tertium* dei frutti eſiſtenti nella Maſſeria in moggia 40. di grano ſeminato, moggia 30. di grano d'india, moggia due di lupini, ed uno di meloni, come ben ſi ravviſa dall'atto del ſequeſtro fatto a 16. Giugno 1800. *ut fol.* 69.. Ricorſe in ſeguito D. Gennaro, ed altri de Colella dimandando la facoltà di raccogliere, e tritiurare il grano d'india ſequeſtrato, e ciò fù loro permeſſo con decreto de' 21 Agoſto 1800. Indi a 7. Settembre 1800. i debitori de Colella cedon a beneficio di D. Domenico Capozzi tumola 350. di grano d'india a ragione di carlini 12. il tumolo, eſprimendoſi la ſeguente cauſale. *In conto dell' eſtaglio da noi dovutogli*, ſenza ſpiegare altro di più. Ebbe anche il Capozzi altre quantità, *ut fol.* 78.. *& fol.* 71.

Segnentemente a ciò D. Domenico Capozza credendo eſser tuttavia creditore in altra reſidual ſomma ſi dirigge contro D. Andrea Caſerta, che avea preſtata la pleggeria, benchè limitata nel modo di ſopra ſpiegato. Varie eccezioni egli addufſe, che dichiaravano inſuſſiſtente la dimanda, ed in ultimo luogo egli diſſe, che doveaſi diſcutere il principale D. Gennaro Colella. Quindi la G. C. imparti termine ſummario per dimoſtarſi l'inſolvibilità del principale obbligato, ed in viſta delle pruove fatte del creditore ſenza eſaminare il merito dell'eccezioni oppoſte da D. Andrea Caſerta, e ſenza ſentir le parti a relazione del Giudice Pariſi proferì il ſeguente decreto; *quod D. Andreas Caſerta infra dies ſex exhibeat p. a. bona contenta fol. . . . vel pretium illorum, ſecus providebitur, quod exequatur*. Alte grida, e gravi do-

glian-

glianze mosse il Caserta contro a tal decreto, quindi riepilogando in una supplica in S. C. le valevoli eccezioni, che avea spiegate con istanza nella G. C., si lusingava a ragion veduta, che il S. C. avesse rivocato ciocchè la G.C. avea prescritto. Ma la cosa è riuscita all' opposto. Il Giudice Parisi, cui dispiaceva, che si rilevassero l' esorbitanze commesse in Vicaria, propose l' affare, senza chiamar le parti in ruota, malgrado la decretazione del Marcese Presidente che ciò prescrivea. Quindi il S. C. non messo a lume delle circostanze genuine dei fatti della causa, e nell' oscurità delle limpide ragioni del nostro cliente, ascoltando solo le voci del Commissario, confermò nettamente il decreto della G.C.

Ecco perchè D. Andrea Caserta è accorso immantinente al richiamo delle nullità col deposito. Egli si lusinga, che dilucidato finalmente ogni equivoco, schiariti i fatti veri della causa, il S. C. pronunzi un decreto conforme alla giustizia, ed alla ragione. Noi dunque a difesa di D. Andrea Caserta, ed in sostegno delle nullità da lui prodotte, imprendiamo a dimostrare, che niun dritto, e niuna azione compete al Capozzi contro il nostro Cliente, e che la pleggeria da lui prestata sia già estinta, e risoluta. Primo perchè il debito, a riguardo del quale si diè la malleveria, è stato già sodisfatto. Secondo, perche l'avere D. Domenico Capozzi accordata dilazione al debitore, all' insaputa del mio Cliente induce una novazione distruggitrice dell'obbligo antecedente, come anche della fidejussione che a quella era accessoria, perchè la mora, ed il ritardo non deve nuocere se non che al Capozzi, e non già al fidejussore. In terzo luogo, che in ogni caso deve precedere la liquidazione giudiziaria del vero debito di Colella. Ecco le dimostrazioni, che brevemente faremo; e se esse riusciranno solide, e convincenti il mio Cliente ha ragion di sperare, che il S. C. rivocando il decreto della G. C. lo rimandi assoluto dalle contrarie pretensioni.

§. I.

Si dimostra estinto quel debito, a contemplazion del quale D. Andrea Caserta prestò la pleggeria; e quindi si trae la conseguenza, che la pleggeria sia svanita.

E' Chiara giurisprudenza, che la malleveria non è, che un obbligo accessorio, che si aggiunge per sicurezza, e cautela del debito principale. Quindi è, che laddove il debito principale sia estinto, e sodisfatto, la pleggeria *ipso jure* rimane estinta, e dileguata al nulla (1). Or se a noi riescе dimostrare, come faremo lucidamente coi fatti, che a noi esibisce il processo, che il debito per cui si fè garante D. Andrea Caserta sia stato ampiamente sodisfatto, sarà pur sicura la conseguenza, che la pleggeria sia del tutto svanita, e niun dritto da avere il Capezzi per il nostro Cliente. L'esame interessante adunque, cui ci chiama la difesa di questa causa dovrà aggirarsi a vedere quale, e quanto sia il debito, che il Caserta garentì colla sua pleggeria, ed in che modo sia stato sodisfatto. Se queste cose vedrà chiare il S. C., come altra volta non vide, io son sicuro che dissebbiato ogni equivoco, ed ogni ombra, in cui si è procurato involgere questa contesa, si vedrà ora nel suo vero, e genuino aspetto. Eccoci dunque alle pruove, ed alla dimostrazione.

Quel è quel debito, per cui D. Andrea Caserta si fè garante? Rilèviamolo dal processo. D. Domenico Capozzi a Luglio

(1) *Fidejussoris obligatio est accessio principalis obligationis, & fidejussor est qui accessionis causa obligatur §. fidejussores 3. Inst. tit. de fidej. non potest autem esse accessio, nisi sit aliquid principale, cui adhaereat & innitatur; adeoque sublata quocumque modo principali obligatione, etiam fidejussoris obligatio tollatur necesse est* (2).

(2) *Averan. Interpr. Jur. lib. III. cap. VIII. n. 27.*

glio del 1799. espose in Vicaria, che egli andava creditore di D. Gennaro, ed altri de Colella in 23. tumola di grano, ed in ducati 166., per attrasso del terzo di Aprile. Implorò dal Tribunale una sicurezza per questo suo credito, e chiese anche cautelarsi per la rata dell'estaglio, che allora era prossima a maturare a 15. Agosto dell'anno medesimo. Il Giudice Parisi condiscese alla dimanda, ed ebbe allora l'accorgimento di spiegare nel decreto, che il sequestro *penes quem* riguardava la sicurezza dell'estaglio già maturato, e di quello, che dovea maturare nel prossimo Agosto del 1799. (1). Questo fatto permanente ci rende convinti, che la consegna *penes quem* eseguita dallo Scrivano della causa fu diretta a cautelare soltanto la somma di ducati 166., e tumola 23. di grano resta del terzo di Aprile, ett. 81. grano, e duc. 366. per la tanna che andava a maturare in Agosto di quell'anno. D. Gennaro Colella ebbe consegnati, sebbene in *spe*, li generi della masseria sequestrati. D. Andrea Caserta si fè garante di questa consegna. Ora io domando: la consegna fatta, e la malleveria aggiunta del Caserta a che uso, ed a quale oggetto fu chiesta dal creditore, fu ordinata del Tribunale, e fu eseguita dallo Scrivano? Lo fu certamente per rendere cauto D. Domenico Capozzi del credito suo. Questa fu la idea del Creditore che lo spiegò nella sua istanza, e questa fu pur la idea del Giudice Parisi, che con distinzione la espresse nelle provisioni da lui spedite (2). Non può negarsi dunque, che tanto il sequestro *penes quem*, che la pleggeria del Caserta furono obblighi accessorii, che si aggiunsero per cautela del debito principale, e per sicurezza del Creditore. Dunque se noi farem vedere, che questo debito sia

staro

(1) Le parole del decreto sono le seguenti = *Fuit provisum & decretum, quod pro securitate entalei decursi, & decurrendi proximo mense augusti currentis anni 1799. fiat sequestrum fructuum sistentium in retroscripto territorio, & consignentur penes quem cum cautione. Fol. 8. proces. D. Dominici Capozzi &c.*

(2) *Dict. fol. 8. a terg.*

ſtato eſtinto, ed ampiamente ſodisfatto, chi potrebbe avere il coraggio di ſoſtenere, che perduri tuttavia il ſequeſtro, e la pleggeria? Vediamo dunque ſe queſto debito vi ſia più.

Conſultando il proceſſo traluce manifeſtamente, che D. Domenico Capozzi fece ſpedire le lettere eſecutoriali contro D. Gennaro, ed altri de Colella per ducati . . . . Dopo alcuni mesi D. Domenico Capozzi chieſe, che ſi fuſſe l'eſecutorio rianimato con comprenderſi in eſſo le altre ſomme, ch'erano poſteriormente maturate . . . . Il Giudice Pariſi a piè di tal domanda altra providenza non diede, ſe non che per eſecuzione dell'eſecutorio già ſpedito ſi fuſſe aſſoggettito a ſequeſtro *penes tertium* il frutto pendente della maſſeria (1). Dunque da ciò ognun vede, che il ſequeſtro fatto fù una ſeguela di quel primo eſecutorio, che contenea quel debito, per cui eraſi fatta la conſegna, alla quale avea preſtata la pleggeria il Caſerta. Or fatto il ſequeſtro *penes tertium* in ſeguito degli ordini del Signor Pariſi, e venduti i generi ſequeſtrati D. Domenico Capozzi ne traſſe la ſomma di ducati 1083., ſomma che eccede al quadruplo la quantità del debito, per la quale D. Andrea Caſerta eraſi fatto garante. Chi non vede dunque, che il debito per cui preſtò la pleggeria D. Andrea Caſerta è già interamente eſtinto? E ſe è così, come il fatto non ci laſcia dubitare, chi può avere il coraggio di affermare, che la pleggeria ancora ſuſſiſte? Figurare, che la fidejuſſione, ch'è un obbligo acceſſorio ſuſſiſta, mentre la cauſa principale del debito non vi è più, vale lo ſteſſo, che figurare eſiſtente un edifizio in aria, e ſenza fondamenti, che lo ſoſtengano. E' un aſſurdo legale, che la legge

(1) Le parole del decreto ſono enunziate così = *Viſis literis executorialibus & compulſorialibus expeditis ſub die 24. Octobris 1799. pro retroſcripta ſumma fuit proviſum & decretum, quod pro executione litterarum executorialium, & compulsorialium, fiat ſequeſtrum ſuper fructibus ſiſtentibus in territorio & conſignentur penes tertium. Fol. 26. at. dict. proceſs.*

legge non comporta, e la ragione non vi consente (1).

Ma sento qui dire all'avversario, che i ducati 1083., che esso ricavò dalla vendita dei generi sequestrati debbano andare in isconto del terzo di Aprile del 1800., e per le altre tanne maturate dippoi. Questa è un idea fallace. Il fatto stesso ci convince dell'opposto. Consultiamo gli atti, e l'equivoco finirà. La vendita dei generi sequestrati, da cui D. Domenico Capozzi ritrasse i ducati 1083. non può contendersi, che fu fatta in seguito del sequestro ordinato dal Signore Parisi. Or è fatto indubitato altresì, che il Giudice Parisi ordinò tal sequestro per esecuzione di quelle lettere esecutoriali, che conteneano il debito di ducati 586., per cui erasi fatta quella consegna, per cautela di che D. Andrea Caserta avea pleggiato. Dunque il fatto stesso parlante decide, che le somme rittratte dal Capozzi l'esigè per effetto di quell'istesso esecutorio, che conteneva quell'istesso debito, per cui Caserta prestò la pleggeria. Come dunque Capozzi contro al fatto proprio, a fronte dei decreti stessi, di cui egli fè uso, e di cui procurò la esecuzione, può pretendere in buona fede, che le somme da lui esatte debbano imputarsi nell'annata susseguente, per la quale non eravi nè esecutorio, e ne' anche *solvat* spedito? E' questa una stravaganza, che la religiosità del Magistrato dee onninamente rigettare.

Alle riflessioni che somministra il fatto aggiungiamo quelle del dritto. Figuriamo essere un dubbio, se i ducati 1803. esatti da Capozzi debbano scontarsi nell'annata antecedente o pure in quella del 1800. In questa gradita ipotesi, quali norme direttrici bisogna seguire. La legge comanda, che nel dubbio, ed ove altrimenti non siesi spiegato, ogni pagamento s'imputa *in causam duriorem* (2). Or qual era

(1) *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur; puta adpromissores, hypothecae, pignora* (1).

(1) *L.* 43. *D. de solut.*

(2) *Si neque debitor, neque creditor in solutione voluntatem suam declaraverint, creditor acceptum ferre debet in eam causam, in*

la causa *durior* nel caso avvenuto. Causa più dura, dice la legge, effet quella per cui trovasi più spedita la esecuzione, e dove eravi la pleggeria (1) (2). Or se relativamente a quel debito per cui Andrea Caserta pleggiò, si trovavano già spedite le lettere esecutoriali, e per lo debito seguente non eravi spedito ne anche il *soluat*, è indubitata la conseguenza, che i ducati 1083. riscossi dal Capozzi abbiano estinto quel debito, per cui il Caserta pleggiò.

Di più figurando, che la causa del debito fusse egualmente dura, dove dee imputarsi il pagamento? La Legge vuole, che si scontasse nel debito più antico (3). Ora se il debito per cui Caserta pleggiò era sicuramente di epoca anteriore; non potrà dubitarsi, che a quello si dovea imputare.

Le cose dimostrate ci esibiscono più verità, che sono il risultato della già fatta dimostrazione. Primieramente è sicuro, che l'obbligo di D. Andrea Caserta fu un obbligo accessorio al debito di Colelli in ducati 266, e tomola 23. gra-

---

in quam ipse si deberet, esset soluturus, hoc est in graviorem & duriorem causſam (1).

(1) *Averan. Interpr. Jur. lib. V. cap. XXXII. num. 2.*

(1) *Cum ex pluribus causſis debitor pecuniam solvit, Julianus elegantissime putat, ex ea causſa eum soluisse videri debere, ex qua tunc cum solvebat, compelli poterat ad solutionem* (2)

(2) *L. 103. D. de solution.*

(2) *Si omnia exactionem habeant, illud solutum intelligitur, quod est gravissimum seu duriorem causſam habet; quo scilicet non soluto, vel infamia sequeretur, vel ad usuras obligatio, vel incrementum litis ex inficiatione in duplum, vel quodcum fidejussoris, aut pignoris obligatione debetur* (3).

(3) *Voet in Pandect. lib. XLVI. Tit. 3. num. 16.*

(3) *In his vero, quæ præsenti die debentur, constat quoties indistincte quid solvitur, in graviorem causſam videri solutum: si autem nulla praegravet (id est si omnia nomina similia fuerint) in antiquiorem: gravior videtur, quae & sub satisdatione debetur, quam ea, quae pura est* (4).

(4) *L. 5. D. de solution.*

grano. In ſecondo luogo è evidente, che queſto debito ſia ſtato già compiutamente ſodisfatto, ed eſtinto. Dunque ſe l'accefſorio non può reggere quando l'obbligo principale è ſvanito, ſe queſta maſſima di dritto non è ſuſcettibile di dubbio, e di contesa; è una evidenza, che la pleggeria preſtata da D. Andrea Caſerta ſia riſoluta, ed eſtinta, e che in conſeguenza niun dritto può oſtentare il creditore Capozzi contro di lui.

Ma l'avverſario non ſi ſgomenta. Ricorre ad altra sfuggita, alla quale pur conviene a noi di dare ſodisfacente riſpoſta. Egli dice che non già in forza del ſolo eſecutorio ſpedito egli aggira; ma anche in vigore delle lettere compulſoriali, ch'eran dirette ad aſtringere D. Gennaro Colelli alla eſibizione di quei generi, che ſi avea conſegnati. Dunque benchè l'eſecutorio ſia eſtinto per eſſerſi ſodisfatto il debito che contenea, reſtarono però in piedi le lettere compulſoriali relativamente alla conſegna de' generi, per cui D. Andrea Caſerta avea preſtato la garanzia.

La riſpoſta è facile, e ſpedita. Gli atti ſteſſi ſchiariranno l'equivoco. Noi abbiam dimoſtrato, che la conſegna *penes quem* fatta in perſona di D. Gennaro Colella ſi fece per ſicurezza, e cautela della reſta dell'eſtaglio maturato in Aprile 1799. e per la tanna di Agoſto dell'anno ſteſſo. Queſto ſi ſpiega nel decreto del ſignor Pariſi - Dunque la conſegna lungi di contenere l'idea di un debito nuovo, ed indipendente; fu anzi un obbligo accefſorio, che riguardava la cautela del debito ſudetto, cioè della reſta dell'eſtaglio di Aprile, e della tanna di Agoſto 1799. Quando dunque il debito principale ſia ſtato compiutamente ſodisfatto, come ſi è da noi ad evidenza dimoſtrato, conſegna non vi è più, e quindi le lettere compulſoriali, che imponevano l'eſibizione dei generi conſegnati, reſtarono *ipſo jure* riſolute, ed eſtinte. Dunque ſe l'obbligo della conſegna di D. Gennaro Colelli è ſpirato, e finito, con egual ragione dee dirſi finita ed eſtinta la pleggeria, che a quell'oggetto ſi diede da D. Andrea Caſerta. Ed ecco come col maggior lume di evidenza reſta vie meglio dimoſtrato ciocchè abbiamo aſſunto.

Ma

Ma guardiamo ora in altra veduta la preſente cauſa. Si figuri tuttavia eſiſtente, e non eſtinto l' eſecutorio, in tal poſizione può il creditore Capozzi diriggere veruna azione contro il mio cliente? L'avverſario crede di sì. Noi ſoſteniamo riſolutamente l'oppoſto; ed eccone una chiara dimoſtrazione.

§. II.

Si dimoſtra eſtinta la pleggeria per la novazione intervenuta al contratto, e per la mora del creditore.

LA fidejuſſione è un obbligo, che la legge lo mette nella claſſe di quelli, che *ſtricti juris* ſon denominati. L' indole di queſti contratti è tale, che non può eſtenderſi da caſo a caſo, da tempo a tempo, e da perſona a perſona; ricevono anzi una interpretazione ſi rigida, e ſtretta, che ſi attende unicamente ciocchè in termini nitidi, ed eſpreſſi ſieſi convenuto, in guiſa che alterandoſi la forma della convenzione reſta per miniſtero del dritto interamente diſtrutto, ed annientito (1). Dunque ſe al creditore piaccia in qualunque modo alterare la forma della primiera convenzione, e immutarne i patti, e le leggi, ſenza che il fidejuſſore vi conſenta, il creditore perde ogni dritto di rivolgerſi contro di lui (2). Sono queſti canoni invariabili della noſtra giuriſprudenza; quindi ſe al creditore piaceſſe accordare dilazione al debitore, e ſe da ciò avveniſſe che nel tempo della dilazione accordata il debitore diveniſſe inſol-

(1) *Hoc amplius mutata forma contractus, mutatis pactis, quomodocumque id fiat, ſemper liberatur fidejuſſor, ut Doctores omnes uno ore conſentiunt* (1).

(1) *Averan. Interpr. Jur. lib. III. cap. VIII. n.* 16.

(2) *Fidejuſſio non extenditur de caſu ad caſum, & multo minus de una conventione ad aliam* (2).

(2) *Averan. Interp. Jur. lib. III. cap. VIII. n.* 16.

ſolvibile, ciò non dee nuocere affatto al fidejuſſore; ma deve anzi il creditore aſcrivere a ſua colpa il danno che riſente della inopia del debitore. In fatti ſe ad ognuno dee nuocere il fatto proprio, *ſi factum cuique ſuum nocere debet*, ſecondo che ſuggeriſce una regola coſtante del noſtro dritto, non può certamente il creditore pretendere, che la inopia del debitore derivata dal ſuo ritardo, e dalla ſua condiſcendente indolenza debba rifonderſi a danno, ed a grave pregiudizio di colui, che a queſta dilazione non conſenti. Ecco i principj di quella teoria, che noi ſvilupperemo meglio piu innanzi, dopo avere meſſi a lume i fatti, che a ciò hanno rapporto.

Dalla lettura del proceſſo appariſce, che dopo la fittizia conſegna fatta preſſo D. Gennaro Colella, e cui ſi aggiunſe la pleggeria di D. Andrea Caſerta, D. Domenico Capozzi conchiuſe una novella convenzione colli debitori Colella. Tra le coſe convenute vi fu, che il Capozzi Creditore condiſcefe ad accordare una dilazione alli Colella per la ſomma di ducati 266., di cui ſebbene fuſſe giunto il maturo fin da Agoſto 1799.; egli ſi contentò, che ſe gli pagaſſero ad Aprile del 1800. val quanto a dire otto meſi dopo il maturo. Di tal convenzione niente ſeppe, e niente fu detto a D. Andrea Caſerta. Noi di ciò ne abbiamo una giuridica pruova in un atto ſolenne, qual ſi fu la dichiarazione giurata, che D. Domenico Capozzi fece nella G. C. (1). Quivi in termini nitidi, e preciſi ciò ſi ravviſa ſpiegato. Intanto avvenne, che i Colelli debitori profittando della dilazione accordata, e della condiſcendenza del creditore a 27. Febbraro del 1800. vendettero, e diedero *in ſolutum* a D. Gioachino Gaudioſo di Averſa, quella caſa propria de' debitori, che formava l'unico fondo del lor patrimonio (2). Quindi avvenne, che i debitori Colelli, i quali col prezzo di detta caſa poteano benißimo ſodisfare il Capozzi, rimaſti ſproveduti di altri beni di fortuna, divennero inſolvibili, e ſi ridußero nella totale mendicità. Ora

D in

(1) *Fol.* 19.
(2) *Fol.* 138. *e* 183.

Io domando al mio Avversario, se egli a tempo opportuno avesse aggito contro i debitori, stringendoli i panni addosso per esser sodisfatto, se egli non fusse stato indulgente a segno di accordar loro la dilazione di otto mesi, poteva egli conseguire il suo credito? Certamente che sì. Imperciocchè allora i debitori erano già nel possesso della casa, che poi vendettero; Se dunque i debitori sono divenuti insolvibili per lo ritardo del creditore, per la dilazione da lui accordata, e per la sua indulgenza, come può questo fatto nuocere al fidejussore, all' insaputa del quale la dilazione fu accordata? E' comune dottrina appoggiata alla legge, ed alla ragione quella che insegnano i Scrittori più sensati, cioè che se il Creditore usi ritardo a discutere il debitore principale, se per tal ritardo avviene, che il debitore diventa insolvibile, perde ogni dritto di potere astringere il fidejussore (1). Questa teoria si trae benissimo dalla *l.* 41. *D. de fidejussorib.* Quindi il dotto, ed elegante Eineccio sù l' idee della legge scrive: *Ut si creditor in mora fuerit excutiendi debitorem, cum adhuc solvendo esset, fidejussio similiter extinguatur* (2). Su le stesse idee scrive il *Voet*: *Insuper fidejussores indemnitatis, (qui scilicet intervenerunt pro eo, quod vel a debitore, vel ex pignoribus pro eodem debito obligatis servari non potuit, juxta l. si fidejussores 41. l. inter creditricem 13. ff. h. t. l. emissis 17. C. h. t.), e fidejussione liberati censentur, nec conveniri a creditore possunt, si, cum is agere, ac tum debitorem, cum pignora executore potuisset, atq. ita solidum consequi, inter*

(1) *Quare ad fidejussorem nullum periculum præteriti temporis in neutro casu spectare potest, si debitor postea demum facultatibus labatur. Nam creditor tunc temporis, quo obligatio finiebatur, adhuc solvendo existentem non excutiens, postea sua ipsius facilitati expensum ferat, quod debitori tamdiu indulserit, ut debitum jam consequi nequeat.* Schimid. de fidejussore plane non obligato. Sect. 2. cap. 3. §. 216.

(2) *Heinec. Elem. jur. lib. 3. instit. tit. 21. §. 879. in fin.*

inter moras ejus ac excussionis dilationem debitor principalis facultatibus lapsus sit, aut pignora desierint idonea esse; cum verum sit, creditorem potuisse alunde, quam a fidejussore indemnitatis, suum creditum salvum habere, adeoque essi per negligentiam suam salvum non habet, tamen perinde est ac si salvum habuisset, dum, quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. L. si fidejussores 41. ff. h. t. junct. l. quod qui ex culpa 203. ff. de reg. juris. Quod de fidejussore indemnitatis dictum ad alios simpliciter alienam obligationem sua fide esse jubentes producendum quoque videtur, si illi beneficio ordinis seu excussionis haud renunciaverint, & quod post inductam a Justiniano hanc ordinis exceptionem fidejussores sive ejus renunciatione intervenientes, non alio videntur loco habendi, quam quo olim accepti in id, quod a debitore vel ex pignore acquiri non posset (1).

Sorgente 9. Dom. 2. Cancer. 2

Queste cose si rendono vieppiù indubitate, laddove si voglia por mente alla condotta tenuta dal Capozzi. Egli temeva tanto de' suoi debitori, che volle provedere alla sua ficurezza, non solo per quel che egli avanzava sul terzo di Aprile 1799., ma anche per la tanna prossima a maturare nel mese di Agosto dell'istesso anno. Indi poi messo da banda ogni timore, ed ogni diffidenza, abbonda tanto in cortesia, ed in condiscendenza, che il debito già maturato vuol che se gli pagasse nel mese di Aprile dell'anno seguente, per dare aggio così, e commodo ai debitori di vendere quella casa, su di cui potea unicamente sperare di essere sodisfatto. Intanto D. Gennaro Colelli consuma i generi sequestrati, che doveau formare la sua cautela, ed egli indolente non se ne cura. Chi non ravvisa in questa condotta l'idea decisa di agevolare i debitori per rivolgersi a fare un danno a colui, che avea prestata la malleveria? All'incontro se egli avesse a tempo opportuno aggirato per l'intero suo credito avrebbe senza dubbio trovati esistenti i generi consegnati, ed avrebbe trovato eziandio esistente quella casa, che in seguito fu distratta. Deve dunque

(1) *Voet in Pandect. lib. XLVI. tit. 1. num. 38.*

que imputare a ſteſſo il creditore il danno ſuo. *De ſe queri debet, quod cum potuerit tempeſtive non excuſſerit reum;* dice ſenſatamente il Perezio. *Peret. in Cod. Lib. VIII. tit. 41. num. 46.*

DI più è da legge eſpreſſa ſtatuito, che qualora il creditore col fatto ſuo rende vuota, ed inefficace la ſua azione contro il debitore principale, egli non può rivolgerſi più contro al fidejuſſore, che è garentito dalla eccezione *doli mali*, caſocchè ſi voglia agire contro di lui. Così il ſullodato Schimidio: *itaque fidejuſſor creditorem, qui facto ſuo actiones ſibi contra debitorem principalem, vel confidejuſſores competentes, inanes reddidit ab agendo recte repellit, ut ei ſolvere haud teneatur. Schimid. loco cit. §. 227.*

Ciò appunto avviene nel caſo attuale, perchè *facto ſuo* il Capozzi reſe inefficace l'azione contro li Colelli, e colla dilazione accordata, e col nuovo ſequeſtro, che fece eſeguire *penes tertium*, abbandonando così col fatto ſuo iſteſſo quella prima conſegna, per la quale il Caſerta avea pleggiato. E quindi ſe allora il Capozzi ſi fuſſe avveduto di agire in forza della prima conſegna, o avrebbe ritrovato i generi eſiſtenti, o trovandoli conſumati, allora avrebbe aſtretto il Caſerta, il quale per la ſua indennirà avrebbe allora ritrovato Colella ſolvibile, perchè poſſedea quella caſa, che in ſeguito diſtraſſe. Se dunque il Caſerta ritrova oggi inſolvibili i Colelli, ciò avviene per fatto, e per colpa del Creditore Capozzi; e queſta colpa non dee certamente nuocere a lui.

Ma vi è altra ragione di piu, la quale dimoſtra, che il creditore abbia receduto dal ſequeſtro *penes quem*. In fatti egli in forza dello ſteſſo eſecutorio ottenne il ſequeſtro *penes tertium* su gli altri frutti della maſſeria. Ecco la novazione. Queſto fatto indica ad evidenza, che il Capozzi abbandonata già la cautela avuta col ſequeſtro *penes quem cum cautione*, ſi procurò il ſequeſtro *penes tertium*, in ſeguito del quale ſequeſtro egli conſeguì il ſuo.

§. III.

§. III.

Si dimostra che in ipoteſi, che la fidejuſſione non ſia eſtinta, il fidejuſſore non può eſſer tenuto piu del vero debito del debitore di cui dee farſi la liquidazione, senza eſſer tenuto alle ſpeſe fatte per eseguire il debitore.

IN ultimo luogo fingaſi pure ancora efficace la conſegna, e tuttavia durevole la pleggeria. In queſta ipoteſi così lontana dal vero, ed aſſurda, come abbiamo dimoſtrato, a che altro potrebbe il Caſerta eſſer tenuto, ſe non che per lo debito di Colella? Potrebbe eſſere tenuto ad altro di più? Certamente che nò. In fatti il fidejuſſore può eſſere obbligato *in aliquid levius*, ma non mai al di là di quello che deve il principal debitore (1). E' evidente da ciò, che per poterſi aſtringere il fidejuſſore, deve per neceſſità precedere l'accerto giudiziario, e la liquidazione preciſa di ciò che va dovuto, detreendoſi tutto ciò che ſi è ricevuto e le quantità efatte dal creditore. Or come mai poteva ſenza tale liquidazione la G. C. aſtringere il mio Cliente alla eſibizione de' generi conſegnati, per cui egli ſi fece garante? L'avverſario sfugge queſto calcolo, perche il riſultato lungi di giovargli, è doloroſo per lui; eſſo farà vedere in quale barbara maniera egli ha abuſato delle circoſtanze infelici di D. Gennaro, ed altri Colelli, che da ciò riconoſcono la loro rovina.

Ma vi è di più. L'avverſario Capozzi calcola nel ſuo credito per cui ſi è diretto contro il fidejuſſore, anche le ſpeſe della eſecuzione, e del giudizio ſoſtenuto contro il debitor principale. E ſu queſta lieta idea fa i ſuoi conti credendo aſtringere a ciò eziandio il Caſerta. Ma chi non ſa, che le ſpeſe della eſecuzione contro il debitor principale, non

E

(1) *L. 21. D. de fidej.*

non accrescono l'obbligo del fidejussore, giacchè nasce dall' indole del giudizio il doversi prima discutere il debitor principale per lo *beneficio dell' ordine*, che la legge concede al fidejussore?

Inoltre è risaputo, che laddove il fidejussore espressamente non ispiega di essere tenuto *in omnem causam*, egli non può essere tenuto, se non che per quel debito, che si dovea *tempore fidejussionis*. Quindi è comune dottrina, che il mallevadore non può essere obbligato nè per le usure moratorie, nè per qualunque altra accessione, che accresce in seguito la quantità del debito primitivo. Così scrive il dottissimo Ugon Donello. *Illud modo quæritur, quomodo & quando fidejussor in usuras a reo sorti debitas obligetur. Dicendum est, sic eum obligari, si nominatim in eas fidem suam obstrinxerit, non aliter* (1).

E le stesse idee seguì l'erudito e dotto Geddeo.

Nisi in omnem causam fidejussisset expresse vel tacite, ita ut haud obscura illa mens ex negotii conditione & usu appareat, in usuras, fructus, accessiones ob moram debitoris provenientes non teneri, quia simplex promissio nequit ultra simplicem obligationem præsentem comprehendere per l. 99. & 76. §. de V. O. (2).

Così anche sostiene giudiziosamente il dotto Vinnio sul dettame della legge, e di una soda giurisprudenza,

De eo autem inter omnes non convenit, an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis usurarum quoque nomine tenetur, ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est propter rationes subjectas I. Quia ob moram vel culpam rei non oportet augeri obligationem fidejussoris, ut est in l. 8. D. de eo quod certo loco &c. &c. (3).

Se dunque il fidejussore non può essere tenuto, se non che per la causa principale del debito, e non già per le acces-

(1) *Donell. Comment. ad Cod. tit. de fidejussor. l. 10.*

(2) *Goeddaeus de contrab. & committend. stipul. cap. XI. concl. 10. n. 136.*

(3) *Vinn. Quæst. select. lib. II. cap. X.*